# Archiv
für die
# civilistische Praxis.

## I.

## Zur Lehre von der Ersitzung, und insbesondere über die usucapio pro herede.

Von Herrn Hofrath und Professor Roßhirt in Heidelberg.

### §. 1.

Einleitung. Die verschiedenen Meinungen der Neueren. Anzeige der Ansicht des Verfassers.

Es gibt Lehren im römischen Rechte, welche durch die Compilationsmethode Justinian's in ihren Principien so unsicher gemacht worden sind, daß die regeste Thätigkeit vieler Jahrhunderte es nicht zur Ausmittelung der in Justinian's Zeitalter bestehenden Ansicht hat bringen können. Vielleicht steht unter diesen Lehren die in der Ueberschrift bezeichnete oben an. Besonders wichtig wird dieselbe für uns

1) durch die wirklich überraschende historische Notiz, welche wir aus Gajus haben, und die uns erst einen vollkommen sicheren Anhaltpunkt richtiger Beurtheilung verschafft, indem wir nun erst mit voller Sicherheit in die Erklärung der verschiedenen Fragmente des justinianischen Rechts uns wagen können;

2) durch die vielen neuen Schriften, die wir über diese Lehre und über die unmittelbar damit verwandten Punkte erhalten haben. In dieser Beziehung ist es gewiß sehr passend,

in einer Zeitschrift zugleich auf die Sache und auf die neuesten Schriften darüber aufmerksam zu machen. In der letzteren Hinsicht ist außer der schon im Jahre 1815 erschienenen Schrift von Unterholzner über Verjährung durch fortgesetzten Besitz, und außer der im Jahre 1816 gegebenen Andeutung von Savigny in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, II. Band 3. Heft S. 370 ff. zu nennen: Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens bei der Verjährung, 1820; Gans, in den Scholien zum Gajus, 1821. S. 257 ff., und drei in den Jahren 1822 und 1823 erschienene Dissertationen von Elben praes. Schrader und von Hartmann, beide über die usucapio pro herede, dann von Bollbrügge über den titulus putativus.

Wenn man die Darstellung dieser Lehre in den sogenannten Pandectenlehrbüchern vor sich nimmt, so kömmt man fast zur vollen Ueberzeugung, daß man Unmögliches verlangt, wenn bei solchen Gegenständen die compendiarische Darstellung die Sache nicht dunkel lassen soll. Am kürzesten, gleichwohl am bestimmtesten, drückt sich Thibaut §. 1027. aus, und derselbe macht auch in der Note auf die hier bestehende Meinungsverschiedenheit aufmerksam; allein es war ihm unmöglich, diese Verschiedenheit auch nur in den Hauptpunkten hervorzuheben, wenn er nicht die compendiarische Rücksicht aufgeben wollte, und so kann der Geschäftsmann sich daraus nicht vollkommen über den Gegenstand verständigen; aber gefährlicher wird die Sache für ihn, wenn er z. B. das Wening'sche oder Mühlenbruch'sche Lehrbuch (damit ich nur von den neuesten rede) dazu hält. Das erstere, welches in seiner zweiten Auflage den §. 45. des zweiten Buches in Text und Noten unverändert aus der ersten Auflage übernommen hat, enthält nur den einen der von Thibaut angeführten, hierher gehörigen Fälle, ohne von dem andern (wenn auch blos durch eine directe Verweisung) ein Wort zu sagen. Das andere (tom. I. §. 374.)

erfaßt zwar die doppelte Richtung, aber nicht in besonderer Beziehung auf den titulus pro herede, der nur genannt wird, sondern in der Form allgemeiner Sätze, aus welchen nur der vollkommen Eingeweihte die gehörige Anwendung auf den titulus pro herede ziehen kann.

Es soll nun hier der Versuch gemacht werden, diese Lehre möglichst kurz und einfach, aber doch zur vollen Verständigung umfassend genug, in ihren literärischen und practischen Resultaten darzustellen.

Richtig führt Elben in den §§. 5 — 7. seiner Dissertation die drey Hauptmeinungen der Neueren auf. Nach der ersten findet die usucapio pro herede nur zu Gunsten des wahren Erben statt, der mit der Hinterlassenschaft eine Sache in den Besitz erhält, die nicht zur Erbschaft gehört, und auch von dem Erblasser nicht besessen wurde, so, daß von diesem die Ersitzung angefangen hätte. Dieser Fall ist in den Fragmenten unzweifelhaft vorgesehen, wie wir noch ausführen werden, und wir setzen daher gleich vornehinein das Unrichtige dieser Meinung darein, daß der Beweis nicht gelungen ist, wie dieser Fall der einzige für den titulus pro herede sey. — Nach der zweyten Ansicht findet der titulus pro herede allein dann statt, wenn jemand im guten Glauben steht, Erbe zu seyn, und deshalb die einzelnen Erbschaftssachen in den Besitz nimmt, folglich dieselben, da er nicht Erbe ist, nur durch Ersitzung eigenthümlich erwerben kann. Bey dieser Ansicht mußte man aber nothwendig auf eine genauere Bestimmung des Falls kommen. Ist nämlich die in Frage stehende Sache wirklich eine res hereditaria in dem Sinne, daß sie dem Erblasser gehörte, dann kann die Ersitzung nur gegen den wahren Erben gehen, und dann fragt sich, ob die hereditatis petitio desselben nicht die in Frage stehende Sache ergreift, und wie es mit der Ersitzung desjenigen steht, der die Sache von dem falschen Erben erhalten hat, und auf die accessio possessionis sich berufen will — Punkte, die aus denselben Principien ihre Erledigung bekommen. Ist die

Sache aber eine solche, die dem Erblasser eigenthümlich nicht zustand, von dem vermeintlichen Erben aber in der Meinung, daß sie diesem gehöre, in den Besitz genommen wurde, dann kann nach der Ansicht der meisten Vertheidiger dieser Meinung von der Ersitzung pro herede gar nicht die Rede seyn, weil die usucapio *pro herede*, nach dieser Meinung, nur zur Begünstigung und Befestigung der Universal-Succession in der Art eingeführt ist, daß der vermeintliche Erbe zwar nicht das Erbrecht, aber die einzelnen zur Erbschaft gehörigen ersitzbaren Sachen erwerben soll. Wenn daher ihm auch in Beziehung auf einzelne, nicht zum Vermögen des Erblassers gehörende Sachen durch den Besitz Rechte verschafft werden, so geschieht dies nicht auf dem Wege des vermeintlichen Universal-Successions-Titels, sondern auf dem Titel pro suo, da hier eigentlich nur von Singularerwerbung — nämlich von der Erwerbung gegen den dritten Nichterben — die Rede seyn kann. Nicht nur um diesen Punkt kommen die Vertheidiger der dritten Ansicht glücklich herum, sondern sie erfreuen sich überhaupt des Vortheils alliirter Kräfte. Diese behaupten nämlich, pro herede usucapire man sowohl als wahrer Erbe die dem Erblasser nicht zugehörigen Sachen, wie als vermeintlicher Erbe die dem Erblasser zugehörigen und nicht zugehörigen Sachen, und nur diejenigen führen eine Beschränkung mit sich, welche annehmen, daß der wahre Erbe sich gegen den vermeintlichen immer mit der hereditatis petitio helfen könne [1]).

Unsere Abhandlung hat den Zweck, diese dritte Meinung,

1) Andere Ansichten, die jedoch die wenigsten Anhänger gefunden haben, siehe bey Hartmann §. 3. Man vergleiche auch über Branchü's und Toullieu's Meinung, die eine Ersitzung der ganzen Erbschaft annehmen: Gesterding, Eigenthum S. 292. Von der neu wieder hervorgehobenen Ansicht, daß der titulus pro herede überhaupt nicht mehr praktisch sey, etwas weiter unten (§. 5.)

jedoch ohne Annahme der beschränkenden Zugabe, als die wahre Ansicht aufzustellen.

## §. 2.

Von der Grundlage des Instituts der Ersitzung. Von dem Zwecke und Rechtsgrunde, besonders auf Seite des Erwerbenden (bona fides). Verhältniß der justa causa zur bona fides.

Es läßt sich leicht denken, daß zur Beylegung dieser Controverse das Wesen der Ersitzung ergriffen werden muß. Die Ersitzung ist ein Nothbehelf, finis sollicitudinis et periculi litium, wie Cicero im Cap. 26. der Rede pro Caecina sagt, und wie ganz bestimmt juristisch nach Zweck und Rechtsgrund Gajus in l. 1. D. de usucap. darstellt. Der Zweck ist wie bey jedem (auch privatrechtlichen [2]) Institute ein publicistischer, nämlich die Vollendung des Erwerbsystems und ergänzende Sicherung des Mein und Dein. Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent. Der Rechtsgrund aber ist natürlich in dem Willen und resp. der Schuld des Verlierenden aufgesucht: cum

2) Bey dieser Gelegenheit könnte die Frage besprochen werden, ob überhaupt eine absolute Trennung des öffentlichen und Privatinteresses durch Aufstellung eines öffentlichen und Privatrechts möglich ist. Diese Eintheilung hat auch, so gewiß ich sie für die Grundlage aller wissenschaftlichen Ausbildung des Rechts halte, ihre Gegner, und der Vertheidiger derselben kann sich nur helfen, indem er darauf zurückkommt, daß die öffentliche Wirksamkeit und also auch das öffentliche Interesse eine Grenze haben muß, diese Grenze aber nach der Verschiedenheit der Zeiten und Ansichten verschieden ist. Daß die Römer in der Erhaltung der dos ein öffentliches Interesse erkannten, ist gleich ein Beispiel, wenn man von veränderten Ansichten in dieser Beziehung sprechen will. Weiteren Stoff liefert hier besonders Burchardi's Buch über das römische Recht aus dem Standpunkte des öffentlichen und Privatrechts.

sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium. Consequent ist daher auch von Paulus die Usucapio für eine Alienationsart erklärt. L. 28. D. de V. S. — Auf der Seite des Erwerbenden aber ist es dessen bona fides, die ihm den Besitz der Sache nicht nur gegen jeden dritten, sondern auch gegen den wahren Eigenthümer sichern soll. Diesen Punkt hat ganz vorzüglich Möllenthiel in seiner Schrift über die Natur des guten Glaubens bey der Verjährung ausgeführt, indem er gezeigt hat, daß hier die bona fides nichts anders ist, als das Bewußtseyn eines juristischen Grundes, aus welchem der Besitzer sich für den Eigenthümer halten könne, woraus folgt, daß die justa causa (juristischer Grund) nicht ein selbstständiges Requisit der Ersitzung bildet, sondern nur aus dem Standpunkte der darin zu erkennenden bona fides in Betracht kömmt. Diese folgenreiche Ansicht ist zwar nicht neu, denn den beiden Corpyphäen unserer Wissenschaft, Cujacius [3]) und Donellus [4]), ist sie keineswegs entgangen, und insbesondere hat schon der Erstere bemerkt, daß die Constituirung der Servituten durch Ersitzung nichts Anomales mit sich führe, wenn hier die bona fides in dem Mangel der vitia possessionis erkannt werden solle, so, daß dieses negative Erfoderniß gerade denselben Platz einnimmt, welchen die justa causa bey der eigentlichen usucapio hat [5]). Es ist auch nicht schwer zu erklären, warum bey der Servituten-Ersitzung auf die positive justa causa nicht hingewiesen werden konnte; es ist nämlich bey derselben nicht von der Translation der dem Einen zustehenden Servitut auf den Andern die Rede, weil die Servituten keine

3) a. a. O. tom. I. pag. 1130. und in vielen Stellen.

4) Donellus in comm. lib. V. cap. 14. i. f. Vergl. auch Duarenus in titulo pro suo in opp. pag. 664. Der Erstere sagt: Itaque possidendi justa causa bonae fidei quodammodo pars est.

5) Cujacius in observ. lib. V. c. 20. i. f. (tom. III. pag. 127)

selbstständigen Rechtsobjecte sind; sondern es ist immer von der Constituirung einer früher nicht bestandenen Servitut die Frage, so, daß wenn eine positive justa causa [6]) nachgewiesen werden könnte, die Ersitzung gar nicht mehr nothwendig wäre. Dieses wird sich aus folgendem Beyspiele am Besten erkennen lassen: Ein non dominus bestellt eine Servitut, die sofort von dem vermeintlichen Erwerber ausgeübt wird: kann man da wohl sagen, daß hier mehr geschehen sey, als wenn der Ersitzende in der Meinung, dem von ihm erkauften Grundstücke stehe die fragliche Servitut zu, diese in der bestimmten Zeit nec vi nec clam nec precario ausübt? Es ist hier kein anderer Unterschied, wie zwischen dem Verhältnisse des ausdrücklich Erklärten und stillschweigend Angenommenen in Geschäften, die an gar keine Form gebunden sind. Daher kömmt es, daß man hier nicht mehr verlangen kann, als das Fehlen desjenigen, womit die bona fides nicht bestehen kann, d. i. des Umstandes, daß man weder vi, noch clam, noch precario in die Ausübung des Rechts gekommen sey [7]). Ein Seitenstück dazu findet sich auch bey der eigentlichen Ersitzung: wenn nämlich jemand diese durch accessio possessionis vollenden will, so muß er weichen, wenn ihm dargethan wird, daß sein Auctor vi, clam oder precario besessen hat; denn dieß ist gewiß kein bonae fidei Besitz [8]).

---

6) D. i. mit Rücksicht auf die nöthige Legitimation des Constituenten, die hier nicht wie bey dem Verkaufe und der darauf folgenden Tradition eines corpus der Besitz desselben ist, indem ja nicht der Besitz einer Sache, sondern ein Recht verschafft werden soll.

7) Man vergl. auch Möllenthiel S. 104 ff.

8) Lib. 13. §. 1. und 13. D. de acquir. poss. Es ist durchaus nicht einzusehen, wie Unterholzner S. 248. Note X. aus l. 5. pr. D. de divers. temp. praescript. etwas Weiteres ableiten kann, da diese Stelle gar nicht von der accessio poss. spricht.

Also auf bona fides kömmt Alles an, die natürlich eine solide Grundlage haben, und nicht auf ein bloßes Meinen gestützt seyn darf. Der Ersitzende selbst muß sich daher, in Rücksicht auf sein Verhältniß zu körperlichen Sachen, des Anfanges desselben auf einem bestimmten juristischen Grunde bewußt seyn, und wenn dieser Grund, oder vielmehr das denselben bildende Geschäft zu Recht nicht besteht, ist es auch mit der Ersitzung nichts [9]). Es kann übrigens wohl seyn, daß sich jemand des bestimmten Grundes nicht ganz klar bewußt ist, wenn er z. B. mehrere Sachen miteinander oder zu gleicher Zeit erworben hat, — auch wenn er das Geschäft nicht selbst abgeschlossen hat, und also getäuscht seyn kann; hier genügt denn freylich, wenn er im Allgemeinen die Sache als wohlerworben ansieht (pro suo possidet). In dieser Beziehung gilt die usucapio pro suo als generelle Bezeichnung der Eigenschaft des Besitzes, der durch die Zeit in das Eigenthum übergeht, und insbesondere wird damit ausgedrückt, daß der Besitzer opinionem domini und guten Grund für diese opinio haben muß: durch die letztere Hinsicht unterscheidet sich eigentlich die opinio domini von dem bloßen animus domini, der auch der animus furis seyn kann. Daß dieses wirklich so angesehen worden, beweißt unter andern die l. 32. pr. D. de usucap., wo der animus furis dem animus pro suo entgegengesetzt ist, und man sieht daraus, wie das pro suo immer den Zustand der bona fides bezeichnet. In derselben Beziehung findet sich auch der Gegensatz des pro suo possidere zu dem possidere ex causa lucrativa, z. B. in l. 5. D. eod., wobey wir dann aus Gajus wissen, daß die letztere causa eine improba und malae fidei war. Hieraus folgt weiter, daß das possidere pro suo in keine Art von Gegensatz zu dem possidere pro emtore, donato, dote und auch pro herede in der noch praktischen Bedeutung des Wortes ge-

---

9) L. 27. D. de usucapion.

bracht werden darf, als etwa nach dem Standpunkte des Generellen zum Speciellen, was aber eben keinen wahren Gegensatz gibt. Eine Folge dieser Ansicht ist z. B., daß man nicht sagen kann, es sey eine Art von Ersitzung nicht etwa als usucapio pro herede von den Römern angesehen worden, weil sie besser als usucapio pro suo bezeichnet werden könnte, zumal wenn von demselben Falle gerade unter dem Titel „pro herede" gehandelt wird, wobey man natürlich mit dem Kunstgriffe, die Stelle sey eine lex fugitiva, nach unsern Ansichten nichts ausrichtet [10]). Es ist zwar allerdings wahr, die Römer haben oft großen Werth auf den Ausdruck gelegt, wie dieses eine Folge der strengwissenschaftlichen Ausbildung ist; aber sie waren dabey gewiß nicht so ängstlich, wie manche Neuern, die sich an die Worte hängen. Das Resultat dieser kurzen Ausführung ist:

1) Es kömmt auf Seite des Erwerbers Alles auf dessen bona fides an.
2) Diese wird bey der Erwerbung körperlicher Sachen zunächst in der justa causa der Besitzergreifung erkannt; doch ist die justa causa nur Erkenntnißgrund und nicht selbstständig wesentliches Erfoderniß.

## §. 3.

### Ueber die justa causa.

Die justa causa bezieht sich eigentlich bloß auf die Tradition, und ist zwar nicht der Sache, aber dem juristischen Standpunkte nach dasselbe, was die causa praecedens bey der Erwerbung durch Tradition ist. Die justa causa bey der Usucapion ist nämlich die Tradition selbst, und nur um die causa schärfer zu bezeichnen, wird sie nach dem die Tradition vorbereitenden Geschäfte genannt (pro

10) Man vergl. Elben diss. §. 31.

emto, donato): bey der Erwerbung durch Tradition ist aber die causa das vorbereitende Geschäft für sich (emtio, donatio); natürlich schließt sich hier mit der Tradition das ganze Rechtsverhältniß ab, es ist die Erwerbung vollendet, während bey der Usucapion erst mit der Tradition die conditio usucapiendi et acquirendi geöffnet ist. Wenn in unsern Rechtsquellen die sogen. tituli pro derelicto, suo, herede, legato vorkommen, so hat man hier vor Allem auf das Historische des römischen Rechts aufmerksam zu seyn. Die usucapio hatte nämlich ihren eigentlichen Standpunkt zu der Zeit, wo der Unterschied zwischen römischem und bonitarischem Eigenthum praktisch war; sie bereitete den Uebergang des letzteren in das erstere. In dieser Beziehung kommen insbesondere die sogenannten tituli pro suo [11]) und pro derelicto als diejenigen vor, welche die Ergänzung der originären Erwerbarten zum Zwecke der Begründung römischen Eigenthums im Auge hatten [12]). Es ist nämlich eine bekannte Sache, daß Manche der Meinung sind, die occupatio sey ursprünglich nur eine das bonitarische Eigenthum verschaffende Erwerbart gewesen [13]); unter dieser Voraussetzung hatten jene tituli eine große eigene Bedeutsamkeit: unter dieser Voraussetzung scheint mir auch besonders der titulus pro derelicto erst sein wahres Licht zu bekommen; denn ohne diese Voraussetzung hat dieser Titel eine durchaus putative Grundlage. In dieser letzteren Gestalt ist er aber wirklich in unserem praktischen Rechte zu nehmen; id, quod pro derelicto habitum est et haberi putamus, usucapere possumus, etiam si ignoramus, a quo derelictum

---

11) Hugo in der Rechtsgeschichte 9. Ausgabe Seite 171. scheint den titulus pro suo darauf zu beschränken; doch ist vielleicht hier ausschließend die Rede vom Rechte der älteren Zeit. Siehe S. 442.

12) Man vergl. besonders l. 2. D. pro suo.

13) Regenbrecht comment. ad leg. 36. de acquir. rer. dom. Berol. 1820. pag. 21.

sit [14]). Natürlich versteht es sich, daß wenn eine Dereliction in der Handlung des bisherigen Besitzers gar nicht gefunden werden kann, sondern diese etwas anders ausdrücken sollte, von der Ersitzung die Rede nicht seyn kann [15]. Der titulus pro suo hat übrigens schon seiner Allgemeinheit wegen keine specielle causa zur Grundlage; insbesondere aber gehören auch die Fälle dahin, wo man glaubt, es sey einer der Umstände vorhanden, unter welchen die sogenannte accessio als Erwerbart eintritt. Hier ist wieder etwas rein putatives vorhanden, im Gegensatze nämlich zu dem wirklich vorgegangenen Kaufe [16]), der wirklich vorgegangenen Schenkung [17]) und in beiden Fällen darauf erfolgten Tradition. Der titulus pro legato gehört, weil, wenn noch Usucapion nöthig seyn soll, vom legatum vindicationis die Rede nicht seyn kann, sondern nur von einem legato damnationis, in Wahrheit zu den Titeln, welche unter dem Namen: pro tradito, zusammengefaßt werden können [18]). Noch mehr springt die Sache in die Augen, wenn wir die noch durch besondere Benennungen gebildeten Usucapionsarten in Betracht ziehen. Dabey kömmt vor Allem der titulus pro soluto zur Ansicht: hier nämlich ist sehr be-

---

14) L. 4. D. pro derelicto.

15) L. 6. D. eod.

16) Pro emtore possidet, qui *re vera* emit, nec sufficit, tantum *in ea opinione* esse eum, ut putet se pro emtore possidere, sed debet etiam subesse *causa emtionis*. L. 2. pr. D. pro emtore.

17) Pro donato is non capit, cui donationis *causa* res tradita est, nec sufficit *opinari* sed et donatum esse oportet. L. 1. pr. D. pro donato.

18) Da übrigens auch bey dem tit. pro tradito und insbesondere pro emtore bey dem zu entschuldigenden Mangel des klaren Bewußtseyns etwas putatives vorkommen kann, so tritt dieses Verhältniß auch bey dem titulus pro legato ein. L. 5. D. pro legato.

stimmt und klar in den Fragmenten hervorgehoben, daß sich dieser Titel gerade dadurch von dem eigentlichen Traditions-Titel ex emto et donato unterscheidet, daß er auf das **rein putative** gegründet werden kann [19]. Die usucapio pro dote dagegen und die im Codex benannte usucapio pro transactione gehören zum genus des Traditionstitels, und es muß daher eine **wirkliche** Ehe [20], ein **wirklich** abgeschlossener Vergleich vorhanden seyn [21].

Aus der bisherigen Darstellung sämmtlicher in den Quellen durch eigene Benennungen hervorgehobenen Usucapionstitel geht als Resultat hervor: Es gibt in Beziehung auf den Erkenntnißgrund der bona fides drey verschiedene Richtungen:

1) Die ganz bestimmte, wo der Usucapient des juristischen Grundes seines Besitzes nach allen Umständen vollkommen klar und deutlich bewußt ist, wo also eine justa causa vorhanden ist.
2) Die weniger bestimmte, wo dem Usucapienten irgend ein auf die justa causa sich beziehender Umstand im Dunkeln liegt, was aber entweder nach den faktischen Verhältnissen, die sich auf einen Dritten beziehen, Entschuldigung verdient, z. B. wenn ein Dritter für uns das Kaufgeschäft abschließt, oder wo sonst, wegen der dabey eintretenden Allgemeinheit, ein Irrthum im Besonderen leicht möglich ist, wie z. B. bey der **ganz allgemein** geschehenen Solution.
3) Die gänzlich unbestimmte und deßhalb ungewisse, die aber vom Usucapienten für ganz gewiß und bestimmt gehalten wird, obgleich in Wahrheit eine justa causa gar

---

19) L. 46. 47. 48. D. de usucap. L. 2. pr. D. pro emtore verglichen mit l. 11. D. eod.
20) L. 1. §. 2. in fine D. pro dote.
21) Rubr. tit. de usucapione pro emtore vel transactione, und l. 8. D. h. t. ex *causa* transactionis etc.

nichtig existirt. Dieses ist der sogenannte titulus putativus. Daß hier ganz besondere Gründe der Entschuldigung für den Usucapienten vorhanden seyn müssen, läßt sich leicht denken, und zwar Gründe, die den Irrthum, nach allgemeinen Rechtsansichten, entschuldigen. Auf der andern Seite aber läßt sich gewiß leicht einsehen, daß, so fern solche allgemeine Rechtsgrundsätze vorhanden sind, wornach z. B. niemanden die ignorantia facti alieni schaden soll, die Anwendung derselben auf die Usucapion um so unbedenklicher ist, als die justa causa kein selbstständiges Requisit, sondern nur ein Criterium der bona fides, nach den von uns gemachten Entwickelungen, seyn soll.

## §. 4.

### Von der usucapio pro herede nach Gajus.

Vor Allem ist zu bedauern, daß Gajus der usucapio pro herede nur aus dem Standpunkte des Gegensatzes Erwähnung thut, nämlich um zu zeigen, daß es auch eine usucapio bey des Besitzers mala fides gibt [22]. Dadurch nämlich hat die Ansicht bestärkt werden können, daß von einer usucapio pro herede aus dem Standpunkte der bona fides gar nie die Rede gewesen sey, um so weniger, als die usucapio pro herede in den eigenthümlichen Verhältnissen der Vorsorge für sacra privata und der creditores des Erblassers ihren politischen Stützpunkt habe, und dadurch das Außerordentliche des Instituts, wornach auf die juristische Ueberzeugung des Erwerbers gar nichts ankommen solle, gerechtfertigt sey. Allein diesem steht vorerst entgegen, daß nach der Interpretation der XII Tafeln, die wahrscheinlich den juristischen Unterschied der körperlichen und unkörperlichen Sachen noch nicht kannten, eine ganze Erbschaft, wie jede

22) Gajus II. §. 52. Rursus ex contrario accidit etc.

andere Sache, durch Ersitzung erworben werden konnte, wo freylich auch der Zweifel, ob nach den XII Tafeln die bona fides überhaupt schon zum Wesen des Instituts gehörte, aufgestellt werden darf, wobey sich aber von selbst versteht, daß die bona fides schon sehr frühzeitig als allgemeines und wesentliches Erfoderniß hervortrat: ferner läßt sich gar nicht begreifen, warum die Usucapion der res hereditariae von Seiten desjenigen, der sich für den rechten Erben zu halten guten Grund hatte, in der allgemeinen Voraussetzung der bona fides nicht hätte statt finden sollen, da doch die oben angegebenen politischen Rücksichten auch hier eintreten, und außerdem die Usucapion einer ganzen Erbschaft als solcher gar nicht anders denkbar ist, als in der Art, daß jemand dieselbe in der Meinung, Erbe zu seyn, in Besitz nimmt. Hieraus folgt dann, daß man wohl befugt ist, trotz des Stillschweigens des Gajus, eine usucapio pro herede bonae und malae fidei, d. i. eine regelmäßige und unregelmäßige usucapio zu unterscheiden. Gajus wollte nämlich nur sagen: unter gewissen Verhältnissen bedarf es keiner bona fides, und dieses ist ein irregulärer Fall; dabey ließ er den regulären Fall, soweit er nach der juristischen Consequenz denkbar ist, vollkommen auf sich beruhen.

Was nun die hier vorliegende malae fidei possessio betrifft, so kam diese natürlich ebenso dem vermeintlichen Erben, d. h. demjenigen, der sich als Erbe der Sachen anmaßte, wie jedem Dritten, der eine Erbschaftssache zu erlangen wußte, zu guten; und das Senatus Consultum unter Hadrian, welches jener malae fidei possessio bis für einen einzigen Fall seine Wirkung benimmt, bringt die hereditatis petitio gegen alle derartigen Detinenten von Erbschaftsgütern zu Kraft, indem die Usucapion ihr nun nicht mehr entgegengesetzt werden kann, sofern sie nicht nach gewöhnlichen Grundsätzen zu rechtfertigen ist [23]). So muß

23) Etwas zweifelhaft bleibt aber immer die Stelle des Edicts in

der Zusammenhang der Sache schon deshalb angesehen werden, weil die juristischen Schriftsteller, die nach Hadrian schrieben, und bekanntlich überall ihr Streben verrathen, nur praktische Gegenstände zu behandeln, dieses Rechtsinstituts noch fortwährend Erwähnung thun. Zwar weiß ich wohl, daß man entgegensetzen kann, daß die usucapio pro herede für den Fall der ipso jure eintretenden necessarii heredes, die nicht einmal abstiniren können (wie man gewöhnlich hier den Begriff nimmt), auch nach Hadrian fortbestand, und daß zur Noth damit die vier Codexstellen vereinigt und resp. unter dieser Voraussetzung erklärt werden können; allein schon die beiden letzten Stellen im Digestentitel von Pomponius und Paulus sind unerklärbar, wenn man nicht ein umfassenderes Fortbestehen der usucapio pro herede, und zwar in der doppelten Gestalt, wie im §. 6. ausgeführt werden wird, annimmt. Bey dieser Lage der Dinge ist uns zwar durch Gajus ein neues Licht angezündet, indem wir dadurch von der Existenz eines eignen höchst irregulären Rechtsinstituts Kenntniß erhalten haben; aber die Exegese der Stellen in unserm corpus juris ist eben dadurch nicht wenig erschwert worden: denn bey vielen muß natürlich die Ansicht in uns erstehen, daß sie sich auf die usucapio improba beziehen möchten. Doch ist man gewiß zu weit gegangen, wenn man angenommen hat, alle Stellen in der justinianischen Sammlung bezögen sich darauf, und die ganze Lehre stehe daher in Justinian's Rechtsbüchern als ein Fragment des zu seiner Zeit bereits antiquirten Rechts [24].

---

l. 1. pr. D. quorum bonorum, welche Gans in den Scholien Seite 262 so kurz abfertigt — schon wegen der Allgemeinheit des Satzes: si nihil usucaptum esset.

24) Ich rede übrigens hier nicht von der Ansicht, insoferne sie vor dem Auffinden des Ver. Gajus von Aelteren aufgestellt wurde, die sich dann fast allein auf die l. 1. Cod. h. t. warfen, wo es heißt: cum pro herede usucapio locum non habeat.

## §. 5.

### Nähere Prüfung der am Ende des vorigen §. aufgestellten Meinung.

In Hugo's Büchern finden sich folgende zwey wichtige Stellen:

Lehrbuch des civilistischen Cursus, vierter Band (6te Ausgabe) Seite 83.

„Erst aus Gajus wissen wir nun, daß pro he-„rede [25]) ersitzen, etwas ganz anderes war, als man „irgend ahnden konnte (G. G. A. 1818. S. 26.) Die „Meinung, daß es im heutigen römischen Rechte „keine [26]) solche Ersitzung mehr gebe, wird dadurch „um gar Vieles wahrscheinlicher, wenn gleich Justi-„nian's Arbeiter auch hier sorgfältiger hätten seyn „können, Mißverständnisse zu verhüten.“

Lehrbuch des civilistischen Cursus, dritter Band (9te Ausgabe) S. 445., wo l. 3. D. 41. 5. angeführt wird:

„Man kann die Worte freylich auch so verstehen, „als ob der Erblasser die Sache gar nicht besessen „zu haben brauche, sondern der Erbe sie blos aus „Irrthum für eine von diesem bisher besessene Sache „halte. Es ist aber wohl wahrscheinlicher, daß man „mit der Frage nicht ganz im Reinen war: ob der „Besitz des Erblassers und der Besitz des Erben für „einen und denselben, oder für zwey verschiedene Be-„sitze zu halten sey? Was allerdings auch auf beiden „Seiten Gründe hat.“

In der ersten Stelle wird vorerst von einem Standpunkte ausgegangen, gegen welchen Manches einzuwenden seyn dürfte.

---

25) Mit einer possessio lucrativa in diesem Sinne.

26) Ersitzung des Erben als Solchen da, wo dem Erblasser keine möglich gewesen wäre, mehr gebe.

Beide hier in den Noten angezeigte Stellen sind Aenderungen der mir eben zugekommenen siebenten Ausgabe.

Es wird nämlich angenommen, daß, wenn gewiß wäre, wie in der justinianischen Compilation der usucapio pro herede nur aus Irrthum Erwähnung geschehen sey, von derselben auch in unserem Rechte die Rede nicht seyn könnte. Der Verfasser dieses Aufsatzes meint aber, daß wir durchaus nicht annehmen dürfen, die Rechtsbildung sey mit Justinian's Sammlung abgeschlossen; denn es ist zwar wahr, daß die Thätigkeit der das römische Recht verarbeitenden Juristen an sich auf Entwickelung des römischen Rechts gerichtet ist; aber natürlich geschah dieses immer mit Rücksicht auf den höheren Zweck, die Anwendung des römischen Rechts für unsere Gerichte zu vermitteln; und von diesem Standpunkte aus kann man den neueren Juristen eine Art von schaffender Kraft so wenig, wie dem jus civile der Römer (dieses Wort in der engeren Bedeutung genommen) absprechen. Auf diese Weise ist mancher Satz nach und nach in das Leben getreten, an welchen die Römer nicht gedacht haben, und der als herkömmliches Recht die Gerichte nun bindet. Uebrigens ist kein Zweifel, daß, wo etwas ganz falsch aufgefaßt wurde, und also als Fortbildung nicht angesehen werden kann, die Wissenschaft für ewige Zeiten ihr Recht behält. Ein solcher Fall liegt aber hier nicht vor; denn gesetzt, es hätte, nach der ursprünglichen Richtung der usucapio pro herede, zu Justinian's Zeit eine solche Ersitzungsart nicht mehr geben sollen, so ist doch damit noch nicht anzunehmen, daß das Institut unter einer andern Begründung nicht wieder habe aufleben können. Es gab in der ältesten Zeit eine Ersitzung der ganzen Hinterlassenschaft, d. i. des Erbrechts, wenigstens der Wirkung nach; diese kam ab, und nun ging in einer andern Gestalt das usucapere pro herede fort. Warum sollte, als die usucapio malae fidei in Hinsicht auf die einzelnen Erbschaftssachen abkam, nicht auf eine andere Weise die usucapio pro herede an diesen Sachen Bedeutung behalten können?

So scheinen schon die römischen Juristen gedacht und

gestrebt zu haben, und darauf führt die oben ausgehobene zweyte Stelle Hugo's. Daß von mancher Seite Anstand erhoben seyn mag, ist leicht denkbar; aber gewiß ist nicht mit Hartmann anzunehmen [27]), daß Pomponius selbst anderer Meinung gewesen, und die Stelle als Beweis einer einseitigen Ansicht, zur Warnung, von Justinian's Compilatoren aufgenommen worden sey [28]).

Auf jeden Fall muß übrigens noch am heutigen Tage zugegeben werden, daß die neueren Juristen von den Glossatoren an — besonders da die von Gajus eröffnete Aussicht nicht bekannt war — allen Grund hatten, die Sache für mehr als ein justinianisches Schattenspiel anzusehen, und die hier niedergelegte Idee zu erhalten.

Und so möchte im Geiste wahrer Rechtsfortbildung nicht anzunehmen seyn, daß ein viele Jahrhunderte im Leben gestandenes Institut durch die auf antiquarischem Wege gemachte Erfahrung, daß Justinian wohl Unrecht gehabt habe, von ihm zu sprechen, vertilgt werden könne. Es ist nicht verwegen, daran zu erinnern, daß ein aus einer irrigen Ansicht vom römischen Rechte im österreichischen Gesetzbuch gebildeter Satz dadurch gewiß nicht aufgehoben wird, daß die Verfasser des österreichischen Gesetzbuches selbst einsehen, wie ein Irrthum vorgefallen ist. Dagegen gebe ich zu, daß die Rechtslehrer dahin wirken können, einen in das Leben gedrungenen Satz dadurch allmählig zu vertilgen, daß sie ihn als ein bloßes Produkt irregeleiteter Doctrin bezeichnen, daneben die Inconsequenz und Schädlichkeit des Satzes darthun, und im Laufe der Zeit eine desuetudo erringen. Aber daß so etwas für unsern Fall mit denjenigen Kräften, die gegenwärtig zu Gebote stehen, nicht möglich sey, dürfte deducirt werden können.

---

27) §. 9. seiner dissert.

28) Hartmann will diese Stelle auch höchst torquirend auf den Fall der l. 24. §. 1. D. 41. 3. beschränken.

Ich habe mich hier nicht gegen Hugo zu richten, der mit dem Geiste ergreifender Anregung, welcher seine Werke auszeichnet, den Stab nicht brechen will, bevor ein voller Beweis vorliegt, sondern hauptsächlich gegen die Hartmannische Dissertation, die dadurch ein besonderes Gewicht zu haben scheint, daß der Verfasser seine Conclusion als ein Resultat der Widerlegung aller entgegenstehenden Fragmente aufstellt. Ich kann ihn nicht von Schritt zu Schritt verfolgen, weil ich sonst für diese Zeitschrift zu weitläufig werden würde; aber schon habe ich gezeigt, daß er eine Hauptstelle als Sache nicht zu rechtfertigender bloßer Meinung aus dem Wege schafft, und es soll genügen, seine Art der Beweisführung überhaupt anzuzeigen. Vor Allem hebt er jene Stellen hervor, die sich am besten unter der Voraussetzung einer malae fidei usucapio erklären lassen; sodann unterscheidet er zwischen dem pro herede possidere und pro herede usucapere, und verkennt, daß der erste Ausdruck gewöhnlich nur in Beziehung auf die Usucapion gebraucht wird, somit die Statthaftigkeit einer Usucapion im Allgemeinen vorausgesetzt werden muß, wie die L. 33. §. 1. D. 41, 3. schon in der Zusammenstellung und Gegenstellung der hier aufgeführten Beispiele beweißt, wo eben dem pro possessore possidere das usucapionsfähige Besitzen pro emtore und pro herede opponirt wird [29]). Ferner stützt er sich besonders auf l. 4. cod. pro herede und auf l. 4. cod. de praescript. longi temporis, während dem er ein Paar Seiten früher die Beweiskraft aller Rescripte verwirft [30]);

---

29) Ich kenne zwar die l. 2. §. 1. D. pro emtore, und weiß sehr wohl, daß man auch von einem malae fidei emtor, der nicht usucapiren kann, sagt pro emtore possidet; aber die l. 33. §. 1. D. 41. 3. setzt die bona fides bey dem pro herede possidere ausdrücklich voraus. Das bona fide possidere ist aber eben das usucapionsfähige Besitzen.

30) Pag. 37.

endlich zieht er den Schluß mit einem Räsonnement aus der Natur der Sache, wobey er aber vergißt, daß das Fundament der Usucapion die possessio, d. i. ein factum ist, auf welches gerade seine Natur der Sache, d. i. die juristische Einheit des Erblassers und Erben, nicht den geringsten Einfluß hat.

Somit dürfte durch diese Dissertation noch nichts gegen uns bewiesen seyn. Dabey scheint uns nichts gefährlicher in der Bearbeitung des römischen Rechts, als von den ohnedieß schon losgerissen genug in unsern Compilationen stehenden Stellen auch noch eine nach der andern für sich zu erklären und abzumachen. Wie gerade nur durch die gegentheilige Behandlung ein festes Resultat erlangt werden kann, haben schon die Glossatoren eingesehen. Wozu nur der allgemeine Satz der L. 4. D. pro herede:

»Constat eum, qui testamenti factionem habet,
„pro herede usucapere posse,“

wenn alle Pandekten- und Codex-Fragmente allein von der antiquirten usucapio lucrativa sprechen, bey welcher die Beziehung der testamenti factio des Usucapienten, der nicht braucht Erbe seyn zu wollen, gar nicht hervortritt, während dem sie in dem Beispiele der L. 33. §. 1. D. 41. 3. das schlagendste Erfoderniß ist. Solche Fragmente in der Zusammenstellung und in Verbindung mit andern, namentlich mit l. 1. 3. D. pro herede und gewissermaßen auch mit l. 5. D. pro suo geben einen Total-Eindruck, welcher allein, wenn man Justinian's Arbeiter nicht für arge Ignoranten halten will, den zu Justinian's Zeit annoch praktischen Standpunkt dieser Lehre verbürgen. Welcher Gesetzgeber oder Gesetzsammler hat übrigens nicht das Schicksal, daß er durch kurze Andeutung wohl verständig seinen Zeitgenossen, in deren Erfahrung das wirkliche Recht lebt — anstößig wird kommenden Jahrhunderten, die bey dem Reichthum der Erbschaft nicht mehr erkennen können den Sinn des Erblassers über die einzelnen Theile seines Vermögens.

Indessen sie werden benutzt und durch den Gebrauch im Leben erhalten. Es kömmt übrigens hauptsächlich darauf an, zu zeigen, daß, wenn auch einige Dunkelheit in den Quellen des römischen Rechts über dieses Institut herrscht, die von uns oben aufgestellte praktische Ansicht davon weder inconsequent sey, noch schädliche Folgen habe, und dieselbe daher, da sie nicht ohne Grundlage in den Zeugnissen der Pandekten-Juristen ist, außerdem von den Neueren im Leben bewahrt wurde, unmöglich wegen des noch unzuverlässigen Schlusses, welchen man aus der Darstellung des Gajus machen will, verdrängt werden kann.

## §. 6.

### Vollständige Aufstellung der Ansichten des Verfassers dieser Abhandlung.

Die usucapio pro herede kömmt in einer doppelten Richtung noch praktisch vor.

1) Wenn nämlich jemand wahrer Erbe ist, und dadurch eine Sache in den juristischen Besitz bekömmt, indem diese sich in der Erbschaft befindet, oder als eine dem Erblasser zugehörende Sache dem Erben abgeliefert wird, derselbe dabey in bona fide ist; so erwirbt er diese Sache, soferne der Begründung seines Eigenthums annoch etwas im Wege steht, durch die Ersitzung. Dabey ist aber wohl zu bemerken, daß der Erblasser diese Sache selbst noch nicht im juristischen Besitze gehabt haben muß, denn sonst war er dabey entweder in bona oder mala fide; im ersten Falle bedarf der Erbe des titulus pro herede nicht wegen der accessio possessionis, im andern Falle hilft ihm die eigene bona fides nichts, eben weil sein Erblasser in mala fide war. Sonach wird hier vorausgesetzt, daß der Erblasser die fragliche Sache auf keine Weise in Händen hatte, auch nicht etwa blos für einen andern detinirte; denn auch hier würde der Erbe, der seinen Erblas-

ser zu vertreten hat, eine Untreue begehen [31]): dagegen thut es nichts zur Sache, wenn der Erblasser, der niemals in den Besitz gesetzt worden ist, über die fragliche Sache ein Geschäft geschlossen hat, und dabey im bößen Glauben war — soferne nur der Erbe, dem die Sache aus jenem Geschäfte übergeben wird, bey der Empfangnahme in bona fide ist. Nur darüber kann Zweifel erhoben werden, ob diese letztere Ansicht auch auf den Kauf geht, in Beziehung auf welchen bekanntlich der gute Glaube nicht blos zur Zeit der Uebergabe, sondern auch noch zur Zeit des geschlossenen Kaufes gefodert wird [32]). Cujacius meint es wegen der ganz allgemein disponirenden L. 9. D. 6. 2., und wegen des bekannten Arguments von der actio publiciana auf die Ersitzungsfähigkeit [33]); allein er ist selbst, wie wir dieses leider nicht selten bemerken, sein größter Gegner, indem er die L. 10. pr. D. 41. 3. so auslegt, daß Sabinus und Cassius nicht blos auf den Zeitpunkt der Tradition, wovon in gedachter Stelle nur geredet wird, gesehen wissen wollten, sondern auch auf den des Kaufs, und daß darin der Gegensatz zu den Proculianern bestanden habe, die blos den Zeitpunkt des Kaufs annehmen wollten [34]). Bey diesen Verhältnissen liegt dieser specielle Punkt sehr im Argen; gleichwohl möchte ich für meinen Theil dem großen Cujacius deshalb beytreten, weil hier bey einer Collision des Zeitpunkts des Kaufs und der Tradition doch der letztere, als der die Regel bildende, vorgehen dürfte, auch die Sabinianer, deren Meinung obgesiegt hat,

---

31) In der Hand desjenigen aber, dem der Erbe eine solche Sache verkauft hat, wird sie natürlich usucapionsfähig. L. 36. pr. D. 41. 3.

32) L. 48. D. 41. 3. L. 2. pr. in f. D. 41. 4.

33) In opp. (edit. Neapol. tom. VII. pag. 363).

34) Vergl. Unterholzner von der Verjährung. S. 199. not. e. und Dirksen Beiträge zur Kunde des römischen Rechts. Berlin 1825. S. 105.

bestimmt auf diesen Zeitpunkt mehr bedacht waren, sollten sie auch den des Kaufes nicht haben ausschließen wollen.

2) Wenn jemand, der wirklich nicht Erbe ist, seinerseits aber erbberechtigt zu seyn glaubt, und sich dabey nichts vorzuwerfen hat, eine verjährbare Sache als Theil der Erbmasse die Verjährungszeit über besitzt.

Das Verhältniß dieser zwey Fälle kann man etwa darin setzen, daß bey dem zweiten Falle eine rein putative Grundlage vorhanden ist, bey dem ersten nicht; denn dort ist der Fall, quo quis heredem se putat, hier der Fall, wo der heres verus Besitz von einer Sache als hereditaria ergreift, welche aliena ist. Allein nach unserer Ausführung im §. 3. tritt das Verhältniß viel richtiger und bestimmter hervor; der erste der beiden Fälle gehört nämlich in Rücksicht auf den Titel in die dort gebildete zweite Klasse, wobey immer etwas im Dunkeln liegt, und also ein tolerabilis error nöthig ist, worauf allgemein die L. 5. §. 1. D. pro suo verweißt. Der zweite Fall aber gehört in die dritte Klasse, wo in Wahrheit eine justa causa gar nicht angenommen wird. Es ist in Beziehung auf den zweiten Fall nur noch zu bemerken, daß die hereditatis petitio des wahren Erben als ein auf die Geltendmachung einer Universal-Erwerbart gerichtetes Rechtsmittel dieser damit gar nicht zusammenhängenden Singular-Erwerbart nicht im geringsten schadet. Es wird aber dieser Punkt im §. 8. besonders ausgeführt werden. Endlich gehört noch hierher, daß ein dritter, wenn gleich nicht selbstständiger Fall der usucapio pro herede denkbar ist, nämlich der, wo der heres putativus eine Sache, die nicht einmal hereditaria ist, in Besitz nimmt, und wo also die Ersitzung auf die eben eröffneten beiden Fundamente zugleich gegründet werden muß.

## §. 7.

### Beweisende Ausführung.

Es ist nicht schwer, Stellen anzuführen, die mit ziemli-

cher Bestimmtheit den hier vorgetragenen Ansichten zusagen, es ist auch nicht so schwer, das Prinzip zu finden, aus welchem die Römer diese Ansichten rechtfertigten: schwerer aber ist es, die entgegenstehenden Stellen so zu erklären, daß hier nicht Zweifel sitzen bleiben.

I. Am allgemeinsten wird der erste der im vorigen §. angeführten Fälle in der L. 3. D. pro herede erwähnt:

> Pomponius lib. 23. ad Quintum Mucium.
> „Plerique putaverunt, si heres sim et putem rem „aliquam ex hereditate esse, quae non sit, posse „me usucapere.“

Ich will durchaus mit dieser Stelle nicht mehr machen, als sich mit aller Zuverlässigkeit damit machen läßt: nämlich sie soll nur beweisen, daß unter den römischen Juristen von einer usucapio pro herede die Rede war, wenn der heres verus eine res aliena als hereditaria in den Besitz nahm. Es geht daraus dann so viel hervor, daß nach gänzlicher Vernichtung der usucapio lucrativa et improba von der usucapio pro herede in einer Richtung gehandelt wurde, die eben so praktisch für uns als für das justinianische Recht ist. Hierher gehört sofort auch die L. 5. §. 1. D. pro suo (Neratius lib. 5. Membranarum); denn hier wird das Prinzip, aus welchem eine solche usucapio juristische Consequenz haben mag, angeführt:

> „Veluti si ob id aliquid possideam, quod servum „meum aut ejus, cujus in locum hereditario jure „successi, emisse id falso existimem: *quia in* „*alieni facti ignorantia tolerabilis error est.*“

Aus dieser Stelle folgt, daß auch da, wo sonst das Daseyn der causa als bestimmtes Rechtsgeschäft strenge gefodert wird (§. 3.), dasselbe wirklich nicht vorgekommen seyn mag, wenn man nur nicht in eigener Person dabey gehandelt haben mußte; denn eine solche Selbsttäuschung, wenn sie überhaupt vorkommen kann, verdient wenigstens keine juristische Berück-

sichtigung [35]). Wenn aber die Handlung des servus als ein factum alienum anzusehen ist, so ist es gewiß auch die des Erblassers, immer vorausgesetzt, daß nicht von einem durch diesen schon begründeten Besitz die Rede ist, sondern daß der Erbe erst Besitz ergreift, indem z. B. ein Dritter, der die Sache an den Erblasser verkauft glaubt, sie an den Erben abliefert, oder der Erbe sie im Hause des Erblassers, wo sie ohne Vorwissen des letzteren der Verkaufsliebhaber aus Vergessenheit liegen gelassen hatte, findet. Hier, wo der Besitz in der Person des Erben anfängt, ist der Erblasser um so gewisser eine dritte Person, als da, wo von keiner accessio possessionis die Rede ist, auf den Vormann gar nichts ankömmt. Sollte der Erblasser über die Sache wirklich traktirt haben, aber wissen, daß die Sache seinem Mitcontrahenten nicht zustehe, so ist selbst diese mala fides dem Erben nicht schädlich, indem Alles auf den Zeitpunkt der Tradition ankömmt, vorausgesetzt nämlich, daß der Erblasser den Besitz der Sache nicht mehr erwirbt, sondern dieser erst in der Person seines Erben anfängt, der selbst in bona fide ist. Der Erblasser kann hier nicht anders angesehen werden, als derjenige, durch dessen Handlung die Besitzerwerbung sich vorbereitet; und so wenig dieser in bona fide zu seyn braucht, weil er ja nicht possessor wird, so wenig kann es auf die Gesinnung des Erblassers, der in Hinsicht auf die Besitzerwerbung weniger als Procurator und eine dritte Person ist, weil er nicht selbst erwirbt, ankommen [36]). Dieser Punkt kann übrigens auch durch ein Argument a contrario erwiesen werden. Wenn nämlich der Erblasser bey der Abschließung des Geschäftes in bona fide war, der Erbe aber beym Empfange der Sache in mala fide ist, so nützt diesem des

35) Es ist dieses der allgemeine Satz, daß die ignorantia facti proprii immer schadet.

36) Möllenthiel. S. 46.

Vorgängers bona fides nichts, weil bey ihm erst die possessio anfängt [37]. Aus diesem Allem geht nun hervor, daß wenn von der usucapio pro herede die Rede seyn soll, natürlicherweise immer der Anfang des Besitzes in eine Handlung des Erben fallen muß; denn dieses entspricht ja der Natur des Besitzes, und dem Umstande, daß, wenn der Erblasser schon besessen hätte, eigentlich nur dessen Erwerbtitel und nicht der titulus pro herede genannt werden könnte, wie auch in L. 3. §. 4. D. 41. 3. das Unjuristische der im entgegengesetzten Sinne gebildeten Vorstellung und Ausdrücke klar genug emporgehoben ist.

Unter diesen Voraussetzungen gewinnt auch eine der schwierigsten Stellen Licht, nämlich die

L. 4. cod. h. t.

ein Rescript von Diocletian und Maximian:

„Usucapio, non praecedente vero titulo, pro-„cedere non potest: nec prodesse *neque tenenti*, „*neque heredi ejus* potest: nec obtentu velut „ex hereditate esset, quod alienum fuit, domi-„ni intentio ullo temporis longi spatio absu-„mitur."

Es ist nämlich hier von einem Falle die Rede, wo schon der Erblasser besaß und zwar ohne gehörigen Besitzgrund, und wo dieser deßhalb nicht usucapiren konnte; eben so wenig soll es dann auch sein Erbe können, und also hier ganz richtig die usucapio pro herede nicht statt finden. So bestätigt unsere Stelle sehr gut die Ansicht, die wir eben über die Eigenschaften der ersten Art der pro herede usucapio vorgetragen haben. Und was noch mehr werth seyn dürfte, eine der von den Gegnern am meisten benutzten Stellen ist aus dem Wege geschafft. Wahrscheinlich ist auf einen solchen Fall auch die L. 1. cod. eod. zu beziehen, wo die Worte:

37) L. 43. pr. D. 41. 3.

„Cum pro herede usucapio locum non habeat," nichts anders ausdrücken sollen, als, „da in dem dem Kaiser vorgetragenen Falle die Usucapion auf dem Titel pro herede nicht statt findet, so kann man weder sagen, daß deine Mutter (die natürlich die Sachen schon besessen hatte) noch du — ihr Erbe — die mancipia durch usucapio auf jenem Titel erhalten könnet. Jedenfalls aber hat die L. 4. cod. 7. 33. eine auch von Diocletian und Maximian herrührende Stelle dieselbe Richtung, wie die L. 4. cod. 7. 29. Sie ist nur noch kürzer und deshalb unbestimmter; doch scheinen mir die dort vorkommenden Worte: „hac sola ratione" nicht ohne besondere Bedeutung; es soll nämlich dadurch ausgedrückt werden, daß dem Erben das bloße Berufen darauf, er habe die Sache als hereditaria bekommen, nichts helfen soll; und in der That, er muß nicht nur einen tolerabilis error nachweisen, sondern es darf auch der Erblasser noch nicht besessen haben. Diese Ansichten aber sind nirgends besser vorgetragen, als in einer Pandectenstelle:

L. 11. D. 41. 3.

„Papinianus lib. 2. Definit. Cum heres in jus omne „defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vi-„tia non excludit: veluti cum sciens alienum il-„lum, illo [38]), vel precario possedit: quamvis „enim precarium heredem ignorantem non te-„neat, nec interdicto recte conveniatur; tamen „usucapere non poterit, quod defunctus non po-„tuit. Idem juris est, cum de longa possessione „quaeritur: neque enim recte defendetur, cum „*exordium* ei *bonae fidei ratio* non tueatur."

Hier wird recht klar gezeigt, unter welchen Verhältnissen der heres überhaupt auf Usucapion nicht Anspruch ma-

---

38) Eine wahrscheinlich noch zu berichtigende Leseart. Gebauer corp. jur.

chen kann, nämlich wenn sein Erblasser schon besessen hat, und eine accessio poss. zum Zwecke der usucapio wegen dessen mala fides nicht möglich ist [39]).

Auf diese Weise mag es genügen, daß eine Annahme der usucapio pro herede unter den angegebenen Verhältnissen nicht inconsequent, und mit den scheinbar widersprechenden Stellen wohl zu vereinigen ist. Es läßt sich auch nicht absehen, warum, da bey dem titulus solutionis und in anderen Beziehungen die Unfehlbarkeit der Handelnden nicht verlangt ist, diese in Beziehung auf den heres, der die Verhältnisse Alles dessen, was ihm bey der Erbschaft in die Hände kömmt, gar nicht kennen kann, und auch in seines Erblassers Herz nicht einzudringen vermag, gefodert werden sollte, zumal der heres weder ein juristisches noch ein faktisches Verhältniß von dem Erblasser ableiten will, sondern blos auf seine eigene possessio und seine eigene bona fides sich zu stützen braucht [40]).

II. Für die Rechtfertigung des zweiten Falles ist von allen Vertheidigern desselben die

L. 33. §. 1. D. 41. 3.

mit Recht an die Spitze gestellt. Es ist hier mit aller Klar-

---

39) Die L. 4. §. 15. D. 41. 3. steht nicht etwa entgegen; denn es ist ein bekannter Satz, daß man an der Nebensache keine andere Rechte haben kann, als an der Hauptsache. Savigny hat dargethan, daß wenn an der Hauptsache b. f. poss. statt findet, die se auch an der selbstständig gewordenen Nebensache eintritt, und umgekehrt das Umgekehrte. Auch waren die Juristen in diesem Punkte, den die L. 4. §. 15. D. hervorhebt, nicht ganz einig. L. 10. §. 2. D. eod. L. 33. D. eod.

40) Leider hat Donellus auf die Begründung dieser Ansicht nicht nur nichts verwendet, sondern sie vielfach entstellt. Comm. lib. V. c. 14. — deshalb fertigt ihn auch Unterholzner §. 28. Note b. so kurz ab. Im Texte S. 214. ist aber Unterholzner in der Conclusion aus seinen Prämissen, wie man leicht nachweisen kann, zu weit gegangen.

heit und Bestimmtheit gesagt, daß derjenige „qui justam „causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit: nec causam possessionis sibi mutare „videbitur.“ Der letzte Beysatz ist nicht gleichgültig, denn es soll hier wieder ausgedrückt werden, daß unter solchen Verhältnissen der Erbe einen guten selbstständigen Besitz auf eigene Faust sich eröffne, indem er, da er wirklich nicht heres ist, mit dem Erblasser in keiner juristischen Relation steht. Zunächst bestätigt wird die Sache durch die L. 4. D. pro herede, wo von einem solchen Usucapienten die Erbfolgefähigkeit verlangt wird, bestätigt durch Analogieen aller Art, wornach die justa causa existimandi genügt, und vollkommen paßt der Fall der usucapio pro legato in L. 4. D. 41. 8., wo der Verjährende nicht weiß, daß ihm das Legat durch ein Codicill genommen ist: endlich bestätigt auch durch den Unterschied des malae und bonae fidei heres, der durch das bekannte Senatus Consultum so bestimmt begründet wurde. Die bonae fidei heredes werden hier ausdrücklich als solche bezeichnet, „qui se heredes existimant [41].“ Es wird auch ausdrücklich gesagt: „Pro herede possidet, qui putat se heredem esse [42].“ Die Fälle eines heres putativus sind auch sehr leicht zu denken, z. B. wenn jemand als Intestaterbe eintritt, nicht wissend, daß noch ein näherer Verwandter am Leben ist, wenn jemand als Testamenterbe eintritt, nicht wissend, daß dieses Testament revocirt, oder wegen eines noch lebenden und übergangenen Kindes nichtig ist. Es versteht sich dabey von selbst, daß der Irrthum immer in einem faktischen Verhältnisse liegen muß, error juris non prodest acquirere volentibus — ein allgemeiner Satz, der ausdrücklich auf die Usucapionslehre angewendet

41) L. 20. §. 12. D. 5. 3.

42) L. 11. pr. D. eod.

ist [43]). Aber auch hieraus läßt sich wieder schließen, daß, so gewiß von den beiden allgemeinen Sätzen über die Folgen des Irrthums der eine durchgreifend auf die Usucapionslehre angewendet ist, es auch im Zweifel von dem andern angenommen werden muß [44]).

Im Uebrigen ist es hier nicht nöthig, sich näher in die Natur und Verhältnisse des titulus putativus einzulassen; denn der im §. 1. angeführte Vollbrügge hat die beschränkenden Ansichten mehrerer Rechtslehrer darüber, wohin auch die von Unterholzner §. 30. gehört, genügend widerlegt (dissert. §§. 12 — 14). Wenn oft eine generelle Aeußerung über die Nothwendigkeit der Existenz eines titulus gefallen ist, so muß man nur nicht vergessen, daß dieser titulus das nächste und sicherste Criterium der bona fides ist. Es bleibt nun noch übrig, das Rechtsverhältniß des wahren Erben zu dem heres putativus wegen der von diesem verjährten Sachen näher zu würdigen.

## §. 8.

### Fortsetzung.

Diejenigen, welche behaupten, daß der heres putativus der Verjährung sich nicht gegen den heres verus bedienen könne, sollten schon einigen Zweifel an der Richtigkeit ihrer Meinung in dem Gedanken finden, daß das Eigenthumsrecht des Dritten, gegen welchen die Verjährung Platz greift, doch eben so heilig ist, wie dasjenige des wahren Erben. Es läßt sich auch kein besonderer Grund, den Erben zu begünstigen, in der Usucapionslehre finden; vielmehr beweißt die Geschichte die entgegengesetzte Tendenz dieser Lehre [45]). Man

43) L. 4. D. 22. 6. L. 31. pr. L. 32. §. 1. D. 41. 3. L. 2. §. 15. D. 41. 4.

44) Es ist auch auf das bestimmteste und allgemeinste gesagt in L. 4. D. 22. 6. Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse, facti vero ignorantiam prodesse constat.

45) Gajus II. §§. 52 — 58. III. §. 201.

würde endlich wahrscheinlich auf diese Ansicht nicht verfallen seyn, wenn man einige Fragmente des römischen Rechts anders erklären zu können geglaubt hätte. Hierher gehört die L. 4. cod. 7. 34., wieder eine Constitution von Diocletian und Maximian:

„Hereditatem quidem petentibus longi temporis „praescriptio nocere non potest: verum his, qui „nec pro herede, nec pro possessore, sed pro „emto vel donato, seu alio titulo res, quae ex „hereditate sunt vel fuerunt, possident, cum ab „his successio vindicari non possit, nihil haec „juris definitio nocet."

Noch bestimmter scheint L. 7. D. 3. 31., ein Rescript derselben Imperatoren:

„Hereditatis petitionem, quae adversus pro he„rede vel pro possessore possidentes exerceri „potest, praescriptione longi temporis non sub„moveri, nemini incognitum est: cum mixtae „personalis actionis ratio hoc respondere com„pellat. A coeteris autem tantum specialibus „in rem actionibus, vindicare posse manifestum „est, si non agentis intentio per usucapionem „vel longum tempus explosa sit."

Wir können diese beiden Stellen als die Hauptstellen ansehen, weil es für die Meinung unserer Gegner keine entscheidendere gibt. Zur richtigen Auslegung dieser Stellen gehört vorerst, einen Blick auf das Wesen der hereditatis petitio zu werfen. Sie geht bekanntlich auf alle corpora und jura, die in der Hinterlassenschaft des Verstorbenen sich befanden, und in Beziehung auf die corpora sogar in einem ausgedehnteren Sinne, als an sich die Natur einer dinglichen Klage mit sich bringt [46]. Theils schon aus diesem letzteren

46) Thibaut im Archiv. VII. Bd. 2. Heft. No. X. (l. 19. pr. D. 5. 3.

Punkte, theils aus dem Umstande, daß ohne Verletzung aller juristischen Consequenz eine actio mixta in dem Sinne, wornach eine und dieselbe Klage zugleich personalis und realis sey, nicht angenommen werden kann, theils endlich durch die wirklich sehr gelungene Aufklärung, die in dieser Beziehung v. Löhr [47]) gegeben hat — dürfte nunmehr außer Zweifel seyn, daß die hereditatis petitio, als in der Regel auf eine universitas corporum et jurium gerichtet, für eine reine Personalklage anzusehen ist. Auch der große Cujacius geht in den mannichfaltigen Erklärungen [48]), die er über die oben angeführten Fragmente gibt, von dem Standpunkte der hereditatis petitio als actio personalis aus, wenn er auch im Sprachgebrauche der Imperatoren sie promiscue eine mixta nennt; denn der eine wie der andere Ausdruck soll den Gegensatz zur rein dinglichen Klage anzeigen. Nun aber ist gewiß, daß einer Foderungsklage gegenüber an sich von der exceptio dominii oder von der contravindicatio die Rede nicht seyn kann, daß man einer Foderung gegenüber von keiner andern Verjährung als der erlöschenden Klageverjährung reden kann, und in diesem Sinne enthalten die oben berührten zwey Fragmente eine bekannte und die juristische Consequenz mit sich tragende Wahrheit. Allein es fragt sich jetzt weiter, was bey der hereditatis petitio der Beklagte herauszugeben schuldig ist? Die Antwort ist einfach; es kömmt nämlich vorerst darauf an, was der Kläger fodert; ob die universitas oder ob bestimmte einzelne res hereditariae [49]). Ist im ersteren Falle der Beklagte für schuldig erkannt, und restituirt einzelne corpora nicht, weil er sie als sein Eigenthum auf einem von dem vermeintlichen Erbrechte verschiedenen Erwerbgrunde ansieht, so muß natürlich der

---

47) v. Grolman und dessen Magazin. IV. Band. 1. Heft No. II.

48) Besonders tom. IX. der Neapol. Ausgabe. pag. 158. 171. 172. 650. 769. 1024. etc.

49) L. 9. 10. pr. D. 5. 3.

Erbe wegen dieser Sachen mit der vindicatio auftreten, und derselben kann denn unbezweifelt die exceptio longi temporis entgegengerückt werden. Im andern Falle, wo die hereditatis petitio auf bestimmte einzelne res hereditariae gerichtet wird, und zwar, wie wir hier voraussetzen müssen, auf *corpora*, ist kein Grund da, in der Wirkung sie für etwas anders anzusehen, als für eine wahre vindicatio rerum singularum. In dieser Hinsicht ist sie auch, weil sie auf ein durch das Erbrecht begründetes Eigenthum sich stützt, durchaus dinglicher Natur, und darauf hätte auch v. Löhr in seiner Darstellung einige Rücksicht nehmen sollen. In dieser Voraussetzung ist aber dann wieder kein Zweifel, daß der Klage, weil der gesetzliche Grund der L. 7. D. 3. 31. (cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat) wegfällt, und ein vindicare res speciales da ist, die exceptio longi temporis entgegengesetzt werden kann. Und auf diese Weise wäre das Anstößige jener zwey Stellen verschwunden. Dabey darf man keinen Augenblick vergessen, daß jene zwey Stellen Rescripte sind, die ohnehin immer in der Richtung verstanden werden müssen, wornach sie keine neuen Rechtssätze enthalten, sondern nur Entwickelungen des bestehenden Rechtes geben. Dem Rechtsgelehrten muß auch hier immer frey stehen, die Rescripte nur so zu verstehen, daß sie nicht eine Beschränkung des gemeinen Rechts mit sich führen; denn es sind bekanntlich nur diejenigen Rescripte in die Sammlungen aufgenommen, aus welchen sich allgemeine Rechtswahrheiten abstrahiren lassen. Erwägt man endlich noch, daß die Classiker sich wohl bestimmt geäußert haben würden, wenn der wahre Erbe besser hier hätte daran seyn sollen, wie ein anderer Eigenthümer, und ruft man sich nochmals zu, daß die usucapio pro herede am wenigsten den heres auf irgend eine Weise begünstigen wollte, so möchte man zugeben müssen, daß jene Stellen für die Meinung unserer Gegner auf keinen Fall beweisend genug sind. Im Uebrigen ist es merk-

würdig, daß die Glossatoren auch hier von einem sicheren Gefühle geleitet wurden, wie die Glosse zur lex. 4. cod. 7. 34. in den Worten beweißt: »In casu tamen puto praescribi decennio, quando scilicet justo errore se credit heredem, cum non sit, et sic possidet et usucapit ut in L. pro legato D. pro legato:“ — wobey also auch die beste analoge Stelle citirt ist. Auffallend ist es, daß sich auf diesen Theil der Glosse Cujacius nirgends eingelassen hat, der doch gerade in dieser Lehre viel auf die Glosse Rücksicht nahm. Unterholzner hat diese Stellen nicht umfassend und speciell genug gewürdigt. Unserer Ansicht tritt bey Gesterding in seinem Buche vom Eigenthum, S. 292., durch einen Angriff auf Westphal, aber ohne befriedigende Ausführung. Am bestimmtesten erklärt sich unter den Neueren Elben in §. 35. seiner Dissert., aber auch seine Ansicht läßt die Sache noch im Dunkeln: denn sie geht nur dahin, ein Personalanspruch auf die universitas könne freilich nicht durch die exceptio longi temporis aufgehalten werden. Dieses und nicht mehr hätten aber auch die Kaiser sagen sollen.

§. 9.

Am Schlusse dieser Abhandlung ist nur noch anzuführen, daß man sehr unrecht haben würde, den Gewinn zu verschmähen, der aus den treffenden Stellen der neu entdeckten Institutionen des Gajus hervorgeht, sofern er auch nach unserm Resultate nicht unmittelbar praktisch sich äußert. Es ist nämlich nicht zu läugnen, daß einige Stellen der Pandekten und des Codex doch nur in Beziehung auf die von Gajus empfangene Nachricht von der usucapio improba recht erklärt werden können, z. B. die L. 29. D. 41. 3., welche hinsichtlich des Satzes: nec pro herede usucapi potest [50]), quod ab herede possessum est,

50) Diesen Satz hat deshalb auch Cujacius auf keine Weise zu erklären gewußt, z. B. tom. I. pag. 1131.

die usucapio malae fidei voraussetzt, wie schon der Schluß anzeigt: „Idem dicimus, si tu quoque existimes, te heredem esse: nam hic quoque possessio veri heredis obstabit tibi:“ (und zwar aus dem sehr natürlichen Grunde, weil durch die possessio des wahren Erben die Sache sein Eigenthum geworden ist, und vorausgesetzt auch, daß sein Irrthum den Uebergang des Eigenthums auf den vermeintlichen Miterben nicht hindert, doch wegen des error tradentis eine obligatio auf Rückfoderung zu allen Zeiten bleibt). Eben so bezieht sich die L. 2. cod. 7. 29. durchaus auf die usucapio malae fidei, wie dieses die specielle Darstellung des Gajus auf der einen, und der Umstand, daß die Constitution ein Rescript ist, auf der andern Seite, bis zur höchsten Wahrscheinlichkeit bringen. Auf diese Weise kann auch diese Constitution nicht als Folge des oben bestrittenen Satzes, daß die praescriptio longi temporis nicht gegen den wahren Erben gehe, angesehen werden, wie bey Thibaut §. 1027. geschehen ist, obgleich diese Ansicht zu einer Zeit, wo Gajus Werk nicht bekannt war, immerhin sehr scharfsinnig genannt werden mußte. Dem Gajus selbst aber kann eine fragmentarische Darstellung dieser Lehre schon deshalb vorgeworfen werden, weil er der andern Usucapionstitel keine Erwähnung thut; aber derselbe handelt auch nicht die Lehre vom Besitze, von den Servituten und vom Pfandrechte ab, so daß sein Zweck nur auf die Darstellung der einfachsten Grundsätze von den Sachen und der Erwerbung derselben berechnet war. Eben deshalb aber kann die Aufstellung der usucapio pro herede improba nur für eine gelegentliche Notiz, bey welcher sich in der Entwickelung des Lehrers noch Vieles sagen ließ, nicht aber für eine die Lehre selbst vollkommen bestimmende Ansicht betrachtet werden.

tende Ursache sich entschuldigen kann, die ihn hindert, das Urtheil kennen zu lernen, oder die Opposition in dem Termine zu stellen, so wird er mit der Opposition noch zugelassen. Man sieht daher, daß das Gesetz von Geneve das Contumacial-Urtheil gleichsam nur provisorisch aussprechen läßt, und nur dann die Verurtheilung als definitiv betrachtet, wenn auch nach einem neuen Termin, in dem der Ungehorsame erscheinen und sich vertheidigen konnte, das beharrliche und fortgesetzte Schweigen des contumax der Vermuthung, die zur Erkennung des provisorischen Urtheils genügte, die Stärke der Gewißheit verleiht [27].

Es mag sehr zweckmäßig seyn, wenn dem ungehorsamen Beklagten die im baier. Entwurfe bestimmte Contumacial-Strafe angedroht, und das Gericht ermächtigt wird, sie auszusprechen; nur muß der Gesetzgeber sich nicht in einer eisernen Strenge, die dem Ermessen der Richter jeden Spielraum raubt, gefallen; es müssen vielmehr die Gerichte angewiesen werden, auch die Beschaffenheit der Klage der gestellten Gesuche und vorgebrachten Beweise zu prüfen; nicht weniger muß darauf gesehen werden, ob der Beklagte schon einen Anwald aufgestellt hatte, oder nicht, und ob der Beklagte im nämlichen Gerichtsbezirke, wohin er vorgeladen ist, wohnt oder nicht; der abwesende oder mit einem Advocaten noch nicht versehene Beklagte verdient mehr Schonung, als der Andere; auch möchte es nicht unzweckmäßig seyn, dem Beispiele des Code de Genève zu folgen, und entweder dem Ungehorsamen erlauben, binnen 14 Tagen von den Folgen der contumacia sich zu reinigen, wenn er jetzt die Handlung vornimmt, mit welcher er ausgeschlossen wurde. — Möchten doch unsere Gesetzgeber, welche die strengsten Maßregeln für die zweckmäßigsten halten, erwägen, daß das Zeugniß der Erfahrung über das Schicksal harter Criminalgesetze nicht günstig für das Experiment lautet!

---

27) Bellot Exposé des motifs de la loi de procédure. p. 106.

---

## Druckfehler in dem vorigen Bande.

Seite 9. Zeile 21. statt nie: die.
„ 15. „ 2. statt um: nur.